EXERCITATIO

IVRIS CIVILIS

DE

LEGATIS

POENAE NOMINE

QVAM

CONSENSV

ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS

PRAESIDE

D. IOANNE GOTFRIDO SAMMET

AD DIEM I. AVGVSTI MDCCXLVIII.

PLACIDO ERVDITORVM EXAMINI

SVBMITTET

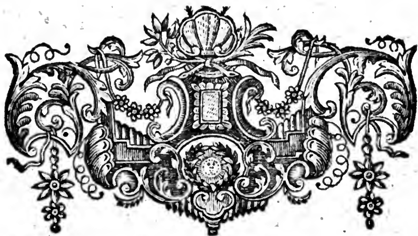
IOANNES MARTINVS CASPARVS CRVSIVS

MARTISBVRGENSIS.

LIPSIAE

LITERIS STOPFFELIANIS.





Iam eo iure vtimur, vt ne actionem, *de eo quod iussu*, Triboniano si conueniatur denegemus. Magis tamen esset, eundem quod ad obedientiam interdum non habuisse aliquid superpondii et ὑπερμέτρυ: solet etiam quod extremum est in obsequii gloria, non raro in vitium deflectere. Et huic vnice gratias habeamus, ideo, quod praeter mille alia sciamus iuxta cum ignarissimis, quid antiquitas per ea quae poenae nomine relinquebantur vere intellexerit: adeo eiusmodi legata posteritati poenae nomine relicta esse videntur. Eruditorum igitur Senatus et ex his venustiores, qui studiorum ἀκμὴν quaerunt, diu sudarunt, vt antiquitatem ideo expisca-

piſcarentur. Idem auſi ſunt et illi, qui heroum iecinore ſapiunt, et tamen quilibet ex omnibus, vt SENECA *de Benefic. Libr. II. cap. 26.* ait, *benignus eſt ſui iudex, ob inſitum mortalitati vitium, ſe ſuaque mirandi:* blandior et ipſe ego mihi, cum intra humanitatem ſimul a natura conſtitutus ſim. Sed ſi fatear, me hucusque ignorare quid *vere* fuerit legatum tale de quo diſputabimus, dico quod res eſt: ſin contra ſenſum veri et falſi id teſtari poſſem, natales tamen originemque legatorum poenae nomine relictorum neſcio penitus, fortium nemo vnus, qui ante nos vixerunt, rem determinauit ex ſalute Iurisprudentiae, vitio vel voluntatis, vel defectu virium, ſed hoc magis placet, id agamus igitur: ſed in tantum ne verbulum aliis ſurripiamus. Caeterum ſi me ſententiam roges Domiti Labeo, ſcilicet cui haec vſui? ſcias ita olim cenſuiſſe *Chriſtfr.* WAECHTLERVM Διασπ. *de V. I. E. edit. Trotz. p. 389: Si faſtidimus Baſilica et Codicem Theodoſianum,* addo ego, πολιτείαν et Romanarum legum χρονόταξιν, Theophilum, Gloſſaria tam profana quam νομικὰ, *et omnes litteras, quae quaeſtui non ſeruiunt, quis nobis locum vllum in ſacris relinquet?*

Ἀσύνετος ὃ συνίεσι ταῦτα.

CAPVT

CAPVT I.



Paterfamilias vti legaSit, ita ius esto. Quidni ergo etiam hereditatibus vel legatis, dandis, adimendis, transferendis, clausulas poenales adiicere potuerint testatores, quorum βελήσεις ἐν ταῖς διαθήκαις, vt eleganter THEOPHILVS *a*) et in specie de militum voluntate vltima pronunciat, ὡς νόμοι κρατῦσιν? Est haec ἐκφώνησις *Corn. van* BYNKERSHOEK *b*), et iure suo non destituitur, id enim obtinere potuit, et obtinuit vt videbimus: sed arbitrium hoc testatorum interpretatione coangustatum est, vel legum, vel auctoritate iura constituentium: originem igitur inuestigemus. At quis hanc rectius perscripserit quam *Theophilus*, qui antiquorum ICtorum fragmenta quotquot Iustiniani tempore adhuc exstabant integriora inspicere potuit? Ille vero *cit. loc.* ait *Multos testatores ab heredibus suis fieri iussisse quaedam, et, vt implerentur, MODVM quendam VIOLENTVM,* βιαιον τρόπον (non βίαν τρόπον, vt *Curtius Lugd. 1610. 12.* exhibet) *illis praescripsisse, a quo coerciti fuissent:* heredes vero deinde eiusmodi voluntates sine poena contemsisse. Innuere his videtur, implendas, imo potius impletas, fuisse ab initio eiusmodi voluntates, institutos vero ἔπα, et *breui post, lapsu temporis,* easdem neglexisse et quidem ἀζημίως *sine poena, sine iactura,* quod sane facere non potuissent, si defunctorum testationes *legis modo* per omnia diutius gubernassent: Certum enim est, vltimis voluntatibus non per saltum, sed paulatim vti aliis legibus, additum fuisse aliquid vel detractum. At nunquam mihi placuit illorum sententia, qui latissimam illam po-

a) Theophilus *ad I. cap. de Leg. §. vlt.*
b) van Bynkershoek *Opusc. de Leg. poen. nom. relict. Cap. III. pag. 370.*

teſtatem, quae verbis legum XII Tabul. *vti legaSit* patribus familias tributa erat, eo vsque extenſam fuiſſe ſomniant, vt arbitrium et teſtantis voluntas *imperatiua* indiſtincte et vi quadam obtinuerit: vox populi maior eſto voce priuati. Quid ſi leges populi in lege ſua vetuerit etc? hoc ius nunquam fuiſſe exiſtimo, cum quilibet de his quae ſalua populi maieſtate imperari poſſunt et maiorum legum virtute cogitaſſe praeſumatur, et POMPONIVS *c*) eiusmodi legata odio ſcribentis pro *non ſcriptis* habenda eſſe pronunciat: At ſi teſtator legem dixerit eo ſub modo, vt ne heres exequatur quod ſibi *ante teſtamentum* certo propoſuit; an talis voluntas valuerit? Valuit omnino et ita ius videtur fuiſſe aliquamdiu vt vidimus. At quae cauſa fuerit vt heredes eiusmodi voluntates deinde impune negligere potuerint? attende. Theophilus *cit. loc.* teſtis eſt id ideo factum, quoniam teſtatores heredibus *violentum agendi modum* praeſcripſerint. Hic vero qualis fuerit βίαιος ille τρόπος heredibus adiectus, nec Theophilus nec vllus alius enucleare voluit. Mihi ſedet igitur intelligi *cauſſam finalem a teſtatore adſcriptam, vt heres contra intentionem ſuam,* de qua *vel* ante teſtamentum, *vel* teſtamenti facti, *vel* mortis tempore teſtatori conſtitit, aliquid et contrarium facere cogatur. Sane eiusmodi βιαίους τρόπους aetas moratior, poſtquam libertati plura data ſunt quam antea, ſusque deque habenda eſſe cenſuit, cum per illos in ſimili fere auctore PAPINIANO *d*) *ius libertatis infringatur.* Quid vero ad haec teſtatores, cum viderent leges ſuas permittente ſic iure et ratione impune ab heredibus iam contemni? Pergit Theophilus *cit. loc.* διὰ τοῦτο ἑωρακότες οἱ ἄνθρωποι ΛΟΙΠΟΝ ἐπενόησαν χρηματικὴν ποινὴν δι' ἧς (male *Fabrottus* ἧς δέει exhibet, nullo vtique ſenſu) ἠναγκάζετο ὁ κληρονόμος πρᾶξαί τι καὶ ΠΑΡΑ ΣΚΟΠΟΝ:

Quod

c) Pomponius *cap. LIV et LV. π. de Leg. I.*
d) Papinianus *cap. LXXI. π. de Condit.*

Quod cum vidissent testatores excogitauerunt praeter supradicta *poenam pecuniariam, cuius vi coactiua coercebatur heres facere aliquid et quidem* contra animi sententiam *et suam intentionem.* En legatum poenae nomine! inuenta lege inuenta fraus. Obseruauerant scilicet testatores, secure et cum effectu heredes, modo violento adscripto, prouocare ad legum auxilium et iura libertatis: alia igitur via excogitanda erat, vt et vltimis voluntatibus stricte satisfieret, et leges, virtute sua deiectae et elusae, illis iam auxiliatrices manus denegarent, quibus antea porrectae erant, et his porrigerent, quibus denegatae erant antea. Permissum enim quidem sic etiamnum erat heredibus, vt eiusmodi violentos agendi modos praeterirent, at *impune* id amplius non faciebant, metu enim *χρηματικῆς ποινῆς*, in casum a testatore adiectae et praestandae si voluntati ipsius contrauenirent, coercebantur, simplicitas vero legum, quae tunc, vti vel CICERO *e)* de suo tempore profitetur, *positae erant ante oculos neque ita multis litteris et voluminibus magnis continebantur,* fraudi occurrere nesciebat, cum adiecta legatis poena nec libertatem agendi *propter electionem* heredibus adimeret, nec rationem iam et iura turbare, imo potius ad voluntatem defuncti certa licet duriori lege inuitare existimaretur. Elucet vero ex his quae diximus: olim valido iure hereditatibus et legatis, dandis, adimendis, transferendis, fideicommissis etiam et libertatibus, imo forsitan aliis etiam testatorum dispositionibus, poenales adiectas fuisse clausulas. Si enim eiusmodi voluntates nunquam obtinuissent; plus quam stultum fuisset interpretatione et constitutionibus abrogasse, quod non erat. Priuatio ponit habitum, et quod valuit abrogari potuit et abrogatum est recte; non quidem vna vice, sed pluribus et consecutiue vt *cap. seq.* demonstrabimus. Et haec de origine et iure antiquissimo legatorum poenae nomine

quorum

e) Cicero *dialog. de Orat. Lib. I. c. 42.*

quorum vis et effectus *ad Tiberium vsque valide* propagatus esse videtur dicta sunto: nec dubito quin suffecerint.

CAPVT II.

Licuit igitur testatoribus ita νομοτεθεῖν, at eousque donec *Masuri rubrica notauit* aliquid. Testis enim est IVSTINIANVS *f*) Sabinum existimasse *primum*, clausulam poenalem ἰσχυρῶς adiici non posse: sed cum *de herede* locutus sit, per se patet, eundem hanc prohibitionem vltra heredis dationem non extendisse. Caue aliter sentias: latissima enim legatorum potestas iam tum coangustata erat et distinctos ab aliis voluntatibus acceperat terminos, sed si dubites nihilominus, CAIVS *g*) rem conficiat. Ex eo vero, quod Sabinus hic existimasse dicitur, male *Franc.* HOTTOMANN *h*) et alii coniiciunt, diuersae scholae auctores contrariae fuisse opinionis, sed dicam illis iam scripsit *Corn. van* BYNKERSHOEK *i*): posito enim Proculo non statim ponitur Sabinus vel contra, esse quidem id potest, sed potest et non esse, quod si sit, testimoniis opus est, non coniecturis quae, vt ille ait, muscae pede nituntur, alias infinitae darentur dissensiones, si in hoc abundare liceret ingenio. Eo igitur iure quod ante Diuum Pium obtinuit cohaeres solum poenae nomine adiici non potuit: *Primus* vero *Antoninus Pius* teste CAPITOLINO *k*) constituit, *ne poenae caussa legatum maneret*, an *valeret?* vt eruditi quidam volunt, sed *If.* CASAVBONVS *l*) et *Corn. van* BYNKERSHOEK *m*) recte tuentur receptam lectionem et vtraque perinde est: nisi forte, quod opinabar, *maneret* altioris sit indaginis, sed

f) Iustinianus *I. cap. de Leg. §. vlt.* *g*) Caius *cap. XCVI. π. de Leg. III.*
h) Hottomann. *ad I. cit. loc.* *i*) van Bynkershoek *cit. loc. Cap. VII. inf.*
k) Capitolinus *in Pio cap. VIII.*
l) Casaubonus *ad Capitolinum in Pio cit. loc.*
m) van Bynkershoek *cit. loc. cap. I. ab init.*

ſed cum titulus *de his quae vt indignis auferuntur* taceat, id iam non vrgeo. Cognoſcimus iam Conſtitutionem Antonini Pii ad legata etiam et denique *per interpretationem prudentum* ad alios etiam quoscunque modos, ſub quibus poenae nomine relinqui poterat, extenſam videri: Sabini prohibitio κατά τι obtinebat, Pii Conſtitutio ſubſequente interpretatione καθόλε. Sic vero tricis quas Viri docti hic mouent non indigemus, nec conciliatione *Corn. van* BYNKERSHOEK *n)*, qui male cenſuit nec olim inter omnes conſtitiſſe ſatis *vel hodie ſatis conſtare*, quod concedo, *quae fuerint legata poenae nomine*. Fruſtra ſunt, qui quicquid de prohibitione noſtrorum legatorum profertur de iure Pandectis vetuſtiore *indiſtincte* capiunt, id enim generaliter non obtinuit, vt vidimus, ſed in ſolo herede. Errant etiam, qui ICtorum ſententias in Pandectis offendi arbitrantur quae eiusmodi legata agnoſcant. Quod ad verba IVSTINIANI *o)*, dum poenae nomine *inutiliter antea* legatum eſſe fatetur, vocula *antea* cum van Bynkershoekio auctoritate *Gloſſae* omnino de iure Pandectarum, at minime cum citatis ab eodem *cit. loc.* de iure quod ante Diuum Pium obtinebat exaudienda eſt: diſtinctione opus erat, alias horum ſententia fallit et vera eſt. Deſtituimur quidem praeter Sabini textum etiam Conſtitutione *D. Pii*, reſcripto *DD. Seueri et Antonini*; quod MARCIANVS *p)* adducit, et *quamplurimis*, illis quorum Iuſtinianus meminit, *principalibus Conſtitutionibus*; ſed contenti ſimus bona illorum fide et his fragmentis quibus vti licet, et poſſumus, adiuuante interea χρονοτάξει, quae remedium familiare eſt aliis deficientibus optimum maximum. Cur veteres et Imperator legatorum vbique fere meminit ſolum in promtu cauſſa eſt: quia ſcilicet longe antea Sabinus eiusmodi clauſulam in coherede damnauerat. Aliam *Corn. van* BYNKERSHOEK

n) Idem *ibid.* *o)* Iuſtinianus *l. cit. loc.*
p) Marcianus *cap. II.* π. *de his quae poen. nom.*

B

HOER *q*) ſuppeditat, *quia* nempe *in legatis eiusmodi clauſulae poenales magis frequentarentur*, quae diſplicere ſane nequit, ſed rem *proxime* attingere non videtur. Quicquid tamen horum omnium ſit; certo eſt certius, iure Pandectarum omnem poenae nomine legandi modum improbatum fuiſſe et ne vnam quidem ICt. inueniri ſententiam quae tale quid agnouiſſe videatur. IVSTINIANVS *r*) tandem *edictali lege*, quicquid antea obtinebat, ſuſtulit radicitus, et reſtituta veteri illa iuris obſeruatione, quae ante Sabinum publice tolerabatur, conſtituit: *licere teſtanti pro implenda ſua voluntate vel pecunias dari praecipere, vel aliam pecuniariam poenam inferre quibus voluerit*, tam in adimendis hereditatibus vel legatis vel fideicommiſſis vel libertatibus; quam in praecipiendo ad alias perſonas eas transferri ab eo cui relicta ab initio ſunt; vel aliquid aliis ab eo dari, ſi minus diſpoſitionibus ſuis heres vel legatarius paruerit, adeo vt legata poenae nomine nihil a caeteris legatis differre voluerit: *exceptis videlicet iis, quae impoſſibilia ſunt, vel legibus interdicta, aut alias probroſa, tunc enim ſine vllo damno, etiam neglecto teſtatoris praecepto, ſeruabitur quod relictum fuerit.* Ex his perſpicue videmus, Iuſtinianum iuris noui male ſe auctorem nuncupare, cum eadem Iurisprudentia olim penitus obtinuerit, nec poterat aliter: et, quod probauimus, a XII Tab. tempore vsque ad Sabini prohibitionem ſpecialem, coheredis adiectione: et, ad Antoninum Pium vsque, legati datione heredem coercere pleniſſimo iure indultum fuerit teſtatoribus. Nec moueor quod obiici poſſet, Imperatorem ſaltem in eo laude ſua non eſſe fraudandum, quod primus certe fuiſſe videatur, qui iuſſerit illa etiam quae Codicillis, vt *rubrum Codicis h. t.* indicat, poenae nomine ſcripta ſint vi gaudere pleniſſima; nam et id olim effectu non deſtituebatur ſuo. Dupondii non ignorant,

q) van Bynkershoek *cit. loc. cap. II. in f.*
r) Iuſtinianus *tit. Cod. de his quae poen. nom.*

rant, ex relatione IVSTINIANI s) codicillorum vſum auctoritate Trebatii ab Auguſto primum ex facto L. Lentuli approbatum fuiſſe et receptum: cumque Sabinus, qui, teſte POMPONIO t), a Tiberio impetrauit, vt publice ſibi de iure reſpondere liceret, *primus* exiſtimaſſe dicatur, heredem ſolum poenae nomine adiici non poſſe; ſequitur, ante Sabinum introducto codicillorum vſu et ſub Auguſto, vti alia vltima voluntate ita et omnino codicillis, poenae cauſſa valide ſcribere non fuiſſe prohibitum. Iuſtinianus igitur, vt gloriatur, et hic forte Auguſtum ſuperauit.

CAPVT III.

Poenae nomine ex noſtra ſententia legare videtur, *qui eo ſub modo relinquit, vt heres contra intentionem ſuam, de qua,* vel ante teſtamentum, *vel* teſtamenti facti, *vel* mortis tempore, *teſtatori conſtitit, aliquid et* contrarium propoſito ſuo *faciat vel non faciat, adiecta* in caſum contrauentionis *poena pecuniaria alteri praeſtanda.* Poſſet et ita definiri, et quidem ratione illius *a quo legatur,* quod ſit *legatum ſub modo teſtamentis adiecto, vi cuius, ſi voluntatis ſuae decretum ad mentem teſtatoris mutare nolit, inſtitutus certam pecuniae ſummam alteri ſoluere iubetur:* ratione vero illius *cui legatur* eſſet, *donatio quaedam a defuncto relicta eo caſu praeſtanda ab herede, ſi voluntatis ſuae decretum ad mentem teſtatoris ſubſequentem mutare detrectet:* ſed prima deſignatio magis placet cum omnes caſus contineat, et odium ſcribentis apertius eo ipſo exponatur. Dicimus, legatum poenae nomine eſſe legatum *ſub modo* relictum: Modus cum nihil ſit aliud, quam *cauſſa finalis* propter quam, eaque cum vel affirmatiue vel negatiue concipiatur recte, et nullo caſu legatum ſuſpendat, ſed cautione oblata ſtatim peti poſſit ex ſententia SCAEVOLAE v), niſi ad ipſum duntaxat legatarium,

 monen-

s) Idem *l. cap. de Codicillis.* t) Pomponius *cap. II. §. 47. π. de O. I.*
v) Scaeuola *cap. LXXX. π. de Condit.*

monente PAPINIANO *x*), emolumentum legati redeat; per se patet nos de eiusmodi modis non loqui qui permittuntur, sed de his, qui ideo prohibentur, quia ius libertatis *naturaliter* infringunt, quales omnino sunt quos *Imperator* et VLPIANVS *y*) adduxerat: et eiusmodi *θέματα Theophilus* ξαίϛϛ τρόπϛϛ appellabat. Adiecimus igitur, sub eo modo, *vt heres* contra intentionem suam *de qua* vel ante testamentum, *vel* testamenti facti, *vel* mortis tempore testatori constitit, *aliquid* et contrarium proposito suo *faciat vel non faciat:* significaturi eo ipso, nobis neque de legatis vere impossibilibus, vel illicitis, vel probrosis sermonem esse, huiusmodi enim testamentorum dispositiones valere Romanorum Iurisprudentia nulla perpessa est tempore: aliam et κυρίαν αἰτίαν cur ita distinguamus dabimus sequenti capite. Sane si omnia legata quae numero impossibilium censentur, quorum tamen nubem excitat *Corn. van* BYNKERSHOEK *z*), nomine poenae caussa legatorum veniissent aliquando; necesse est, ante Sabinum penitus, ante Pium Antoninum pro parte, legata illicita et probrosa, modo his clausula poenalis adiecta fuerit, pleno valuisse iure, imo approbata fuisse et laudata pro concione, quod nollem, sed si nugandum est, nugandum est strenue. Fragmenta vero veterum, si de nostris legatis quaestio incidat, non patiuntur testatorem *coercere* id est κολύειν vt *Glossaria* explicant, et *prohibere* vel *compescere* vti illud CLERICVS *a*) explicat, et ius agendi quod heres *ante* testamentum iam habuit infringere. Vult enim testator, vt heres iam *magis* μᾶλλον, et aliud, et contrarium suo proposito et libertati faciat: cogit institutum vt aliquid faciat *παρὰ σκοπὸν contra propositum semel conceptum et animi sui sententiam,* quae *Theophili* verba *Christfr.* WAECHTLER *b*) ad mentem testa-

x) Papinianus *cap. LXXI. pr. π. eod.* *y*) Vlpianus *Fragm. tit. XXV. §. 17.*
z) van Bynkershoek *cit. loc. cap. IV.*
a) *Collat. LL. Mosaic. et Rom. Tit. I. n. 3.*
b) Waechtler *ad van Bynkersh. cit. opusc. edit. Trotz. p. 756.*

teſtatoris referenda eſſe cenſet, ſed tum, cum Theophilum legeret, Waechtlerus non erat: teſtator ſtatuit, ne heres, vt iterum Theophilus, τῇ γνώμῃ σῦ, nempe teſtatoris ἐναντιωθῇ: legat, ſed legati datio λυπεῖ καὶ ζημιοῖ offendit et *detrimentum dat* heredi: quicquid denique teſtans agit, agit τιμωρίας χάριν quaſi delictum vel crimen commiſerit inſtitutus, quod hoc aut illud ſibi agendum propoſuerit: iudicis ergo perſonam in his omnibus teſtator quaſi induit. Nemo non videt improbam eſſe et brutam voluntatem quae alteri non permittit, niſi ſub poena, quod ipſi ſine poena publica permiſſum eſt facere, ſed eius propoſito fraudi eſt et terminum quaſi conſtituit ne exequatur quod ante teſtamentum conſtituit, et licebat iure optimo maximo. Prohibet igitur heredem violento vinculo *poena pecuniaria in caſum contrauentionis,* ſi propoſitum primum nihilominus exequatur, *alteri praeſtanda.* Fit eo ipſo, vt neque heres, neque legatarius honoretur, vt nec neuter ἀνάμνησιν ἔχῃ τῦ τελευτήσαντος. Heres enim, ſi propoſitum mutare nolit, damnum patitur et pars hereditatis maxima, cum vero ſit ſimile teſtatorem, vt finem ſuum obtineat, tale quid ex regula ſtatuturum, aufertur: ſicque nec ipſe honoratur, ſed punitur a teſtatore: nec legatarius, quippe qui voluntate aut noluntate heredis quid lucratus eſt, non teſtatoris: neuter etiam certe non prior ἀνάμνησιν habebit: Sin propoſitum mutet inſtitutus, ſuaſit id forſitan rei familiaris inopia et curta ſupellex, rurſus nec ipſe honoratur a teſtatore, cum ſe ipſum honoraſſe videatur: nec legatarius, quippe qui doleat cum nil acceperit; neuter etiam, certe non poſterior, precabitur, *molliter oſſa cubent:* in teſtatore vero vtroque caſu pellucet nihilominus odium contra heredem conceptum. Si igitur id, quod iam definiuimus, vere fuerit legatum poenae nomine relictum: cauſſa praeſto eſt cur prohibitum fuerit. *Theophilus* duos ideo λογισμὺς attulit: prior eſt, quia lex improbet legatum τὸ ἐν γνώμῃ ἀποκείμενον τῦ

 κληρο-

κληρονόμου, et *illud quidem quod positum est in voluntate heredis,* hausit hanc rationem ex VLPIANO *c*) qui *legatum in aliena voluntate poni potest,* ait, *in heredis non potest:* effectus est, quia in herede esset ἐποφλῆσαι καὶ μὴ ἐποφλῆσαι. Εἰ μὲν γὰρ πληρώσει τὰ ὑπὸ τοῦ τελευτήσαντος εἰρημένα, οὐδὲν καταβάλλει· εἰ δὲ ἐναντιωθῇ ἔνοχος τῷ λεγαταρίῳ γενήσεται. Nollem hic post *Iaan. Iac.* WISSENBACHIVM *d*) *Corn. van* BYNKERSHOEK *e*) etiam, quem et male praecedentem sequitur *Christfr. Waechtler cit. loc.* hanc rationem *Theophilo* indignam pronunciassent: sed nititur Corneliana sententia τῷ πρώτῳ ψεύδω, *vt cap. seq.* demonstrabimus: at rectius hunc λογισμὸν *Franc.* HOTTOMANN *f*) V. C. *Gotfr.* MASCOV *g*) et medius *argutos inter olores Matthæus* WESENBECIVS *h*), imo et alii probauerunt. Posterior Theophili ratio, quae nemini displicuit hactenus, haec est: quod legata dari oporteat εὐνοίᾳ καὶ φιλίᾳ τῇ περὶ τὸν λεγατάριον, οὐ μίσει τοῦ κληρονόμου, *ex bona intentione et amore erga legatarium non odio heredis.* Vtrumque equidem λογισμὸν non sperno, sed cum *prior* instituto scriptus sit, *posterior* testatori, scire velim an *in genere* alius afferri possit et illis quidem melior. Et melior ratio non succurrit, nisi quam PAPINIANVS *i*) excogitauit, licet ibi de iure *libertatis ciuilis* loquatur, et notum est ingenuis olim nequidem licuisse se ipsos addicere in seruitutem, scilicet, quod tale legatum iura libertatis *naturaliter* infringat; est hic grauissimus omnium λογισμὸς, *nihil enim multum a specie seruientium differunt, quibus facultas non datur recedendi,* addo ego, *et exequendi,* inquit VENVLEIVS *k*), cuius sententiam satis commode in hunc locum perduxerat Belgarum, quotquot fuerunt, acutissimus *l*).

CAPVT

c) Vlpianus *cap. XLIII. §. 2. de Legat. I.* *d*) Wissenbach. *ad π. h. l.*
e) van Bynkershoek *cit. loc. Cap. IV. pag. 374.* *f*) Hottomann *ad l. h. t.*
g) Mascov *Orat. de vsu et praestantia Hist. Augg. in l. cit. pag. 16.*
h) Wesenbecius *ad π. h. l.* *i*) Papinianus *cap. LXXI. §. 2. π. de Condit.*
k) Saturninus *cap. II. π. de hom. lib. exhib.* *l*) van Bynkersh. *cit. loc. C. VI. in f.*

CAPVT IV.

Magnam iam pugnam pugnabimus, et, nisi depugnemus, vereor ne de nostro corio ludatur. Vrget enim *Corn. van* BYNKERSHOEK *m)* et quidem sequentibus: *annon omnis conditio quam potestatiuam dicunt iubet aliquid facere, vel non, priusquam heres vel legatarius legato potiatur? annon ea iussio libertatem heredum coercet? nihil igitur intererit inter conditionem et poenam? omnes ergo conditiones potestatiuae habeantur pro non scriptis? offendunt me exempla,* quae tanquam clausulas poenales suppeditant IVSTINIANVS *n)* et VLPIANVS *o), vt qui sciam, his ipsis conditionibus hereditates et legata dari, adimi, transferri, atque adeo iis* vti sine fraude esse; bona verba! Fingamus, heredem meum, de cuius intentione mihi *vel* ante testamentum iam constitit, *vel* testamenti facti, *vel* mortis tempore quod et perinde est, certo sibi proposuisse, *filiam suam in matrimonium Titio collocare,* vel ex diuerso non collocare: *seruum Stichum manumittere,* vel ex diuerso non manumittere; Quidsi ego deinde ipsum heredem scribam ex asse, sub modo tamen ipsius proposito, quod voluntatem meam antecesserat, contrario? scilicet, cum manumittere constituerit Stichum seruum siue probum siue nequam, ita: *Caius heres esto ex asse,* vt ne tamen Stichum manumittat; *et si manumiserit, dodrantem Seio dato:* sicque ex diuersis casibus et similibus argumentis. *Finge* contra ea, heredem meum nihil horum omnium *antequam testarer* sibi certo proposuisse: quid si ego iam scribam, iisdem nihilominus sub modis? *Caius heres meus esto in asse,* ita tamen vt collocet vel non collocet, alienet vel non alienet, manumittat vel non manumittat etc. *et si in horum aliquo secus faciat quam praescripseram, dodrantem Seio dato;* Quaero iam, vtraque haec θέματα an conditionalia legata putes? et in omnibus

m) Idem *ibidem Cap. III. pag. 364. et in praef.*
n) Iustinianus *l. h. l.* *o)* Vlpianus *Fragm. Tit. XXIV. §. 17.*

bus sibi similia? an potius a se inuicem in omnibus fere diuersa? Et hoc magis placet, scilicet vt *prius* legatum solummodo poenae nomine relictum contineat: vt perinde habeatur ac si legatum non esset: imo vt cautio etiam hic remittatur; *posterius* vero conditionaliter vnice datum et potestatiuum, vbi nec satisdatio, nec Muciana cautio remittitur, et quod iure valet plenissimo, id quod me PAPINIANVS *p*), imo potius et bellissime, quem locum miror neglexisse in rem suam mystam sagacissimum, IAVOLENVS *q*) edocuit. Accipio vt vides citatas formulas *vel* pro conditione, *vel* pro poena, at cum velis, *paulo accuratius explicem, vnde conditionem, vnde poenam liceat colligere;* audi MARCIANVM *r*): *poenam,* inquit, *a conditione* voluntas testatoris *separat, et an poena, an conditio, an translatio sit,* ex voluntate *defuncti apparet. Idque Diui Seuerus et Antoninus rescripserunt:* probat quod dixit et VLPIANVS *s*). Excanduit ad *Marciani* fragmentum *Corn. van* BYNKERSHOEK *t*), *vagum* igitur illud pronunciat, *et ex tripode potius Apollinis quam ex Schola ICtorum,* addere debebat et rescriptis Principum ne soli ICti vapulent, *profectum dixeris,* inquit, *cum nihil certi definiat, et quidquid eius rei est ex voluntate defuncti arcessendum arbitretur Marcianus:* satis libere, plane vt Labeo noster in Senatus lectione libertatem suae sententiae aduersus ipsum Augustum magno animo defendebat, hoc superdicto, *suum quemque iudicium habere oportet:* at sic non oportebat, vt et hic ICtum et Diuos Principes stipites pronunciemus et fungos. Vrget tamen rectius, *se scire velle ex qua voluntate defuncti? et quemadmodum haec explicanda sit vt vel poenam vel conditionem legato adiectam putemus?* Ecce igitur κυρίαν διάγνωσιν, quam late hucusque ex Theophilo, ex Glossis *gr. lat.* ex Iuris

p) Papinianus *cap. LXXI. §. 1. et cap. CI. π. de Condit.*
q) Iauolenus *cap. LXVII. π. eod.*
r) Marcianus *cap. II. π. de his quae poen. nom.* *s*) Vlpianus *cap. XIX. π. de Cond.*
t) van Bynkershoek *cit. loc. Cap. III. p. g. 262.*

Iuris rationibus, ex caſibus in hanc rem adductis ſuppeditauimus! ſcilicet vt ſi teſtator voluntatem ſuam heredis voluntati et propoſito, quod ſibi hic *ante teſtamentum factum* certo praefixit, opponat, et heredi forte vel aliis declarauerit iam, ſe heredis libertati naturali contrarium quid ſub poena praeſcripturum et executionem prohibiturum eſſe, quas minas et teſtato executus eſt; vt inquam *legatum poenae nomine habeas*, cum voluntas haec teſtatoris adeo probari poſſit, et in hunc effectum, qui prohibeat et coerceat ex odio: ſin vero incertam voluntatem heredis in futurum determinet, adiecta conditione poenali, quaſi *certa lege* libertatem heredis *ad* teſtamentum, vt PAPINIANVS *v*) in ſimili caſu diſtinguit, *inuitet inclinetque*; vt tum vnice *legatum conditionale* habeas: verbum non amplius addo, dixi, quod ſatis videtur in rem meam, dixit et Belgarum optimus in rem ſuam, mox decernite quibus ius ſuffragii eſt.

CAPVT V.

Defendimus hactenus noſtra, inueſtigemus iam et veterum ICtorum, quique poſt Corneliũm aliter cenſuerunt, ſententias. AFRICANVS *x*) cuius fragmentum ex LIBRO QVAEſtionum, *quinto* ſcilicet vt argute coniicit *Abr.* WIELING *y*), in Digeſta tranſtulit Tribonianus, ita ſcripſiſſe dicitur: *Filiofamilias vel ſeruo herede inſtituto, etiamſi in patris dominiue poenam* illicite vel probroſe *datum eſt, nullius momenti legatum eſſe reſpondit: non enim id ſolum, quod in heredis; ſed omne, quod in cuiusque, lucrum aliquod ex vltima voluntate ſentientis, talem poenam in teſtamento ſcriptum ſit, nullius momenti habendum.* Primus *Eguin* BARO *z*) animaduertiſſe fertur, Tribonianum in hac lege Africani induiſſe perſonam: cenſet et ita *Recentiorum* cohors,

v) Papinianus *cap. LXXI. §. 1. in f. π. de Condit.*
x) Africanus *cap. I. π. de his quae poen. nom.*
y) Wieling *Iprud reſtit. pag. LXXII. not.* (*c*).
z) Baro *ad l. cap. de Leg. §. vlt.*

cohors, quam in hanc rem defcripfit *Corn. van* BYNKERSHOEK *a*), ego quoque non diffentio, et in tantum, vt voculam *talem* etiam eiurem, quam iam ipfe *Haloander* eadem forte ex ratione eraferat. Probo vtique, quod acerrimus *emblematum* Cenfor alias dixit et fuo loco: at agnofco etiam, latere interdum Tribonianum, et fi latuit faepiufcule, excufetur nihilominus: fane hic mandato fui Principis ἐπ' αὐτοφόρῳ deprehenditur. Negat id equidem *Cornelius* vt fuae fcilicet fententiae patrocinetur: ego tantum non nego folum, fed fupra τὸ ἀδύνατον praeftiffe videor, et quid fi robuftum fatis fit argumentum popularis mei *Chriftfr.* WAECHTLERI *b*)? *Vidit fane Theophilus*, τὸ, illicite vel probrofe, *in Africani Quaeftionibus, qui potuit igitur omittere natam cum Sexto Caecilio rationem et fubftituere alias?* reliqua Africani non moror, cum nos nequidem illa morentur. Tranfeo ad VLPIANVM *c*), ait ille: *Poenae cauffa legatur, quod coercendi haeredis cauffa relinquitur, vt faciat* quidem *aut non faciat,* fcilicet contrarium quid fuae voluntati et aliud ex voluntate teftatoris; *non vt legatum,* fcilicet fi aliud illud et contrarium fuae voluntati ex voluntate defuncti fecerit et elegerit malum minus, *pertineat,* fcilicet ad legatarium. Minus recte fe habere credebantur illa, *non vt legatum pertineat,* Codicum igitur lectiones variantes et fuas in falutem ICti coniecturas cumulauit *van* BYNKERSHOEK *d*), quarum tamen vna peior eft altera, cum fenfum turbent magis quam vt extricent. *Chriftfr.* WAECHTLER *e*) pro *pertineat* exfculpfiffe videtur *pertineat,* fenfu tamen non minus incommodo. Ego aliquando *pereat,* quod iam alii, vel *permaneat,* fed et hoc reiicio: ineptum eft vtrumque ad hanc quaeftionem. Quid fi vero tibi modeftiffima crifi non Vlpianum folum reddam? fed et infuper *definitionem veriffimae naturae* eo ipfo enucleem? et

a) van Bynkershoek *cit. loc. Cap. IV. pag. 378.*
b) Waechtler *cit. loc. pag. 757.* *c*) Vlpianus *Fragm. Tit. XXIV. §. 17.*
d) van Bynkershoek *cit. loc. Cap. III. pag. 362.* *e*) Waechtler *cit. loc. p. 756.*

et quam ipſis meis quas ſupra propoſui *anteferre* iam non dubitem? Ita igitur lego et interpungo: *Poenae cauſſa legatur, quod coercendi* (prohibendi) *heredis cauſſa relinquitur,* (eo ſub modo) *vt faciat quidem aut non faciat;* (ſcilicet contrarium ſuo propoſito licet teſtatoris voluntatem antecefferit, et aliud ex defuncti decreto); *non* vero *vt legatum* PUERTINEAT, vel ſic ſtatim PURETINEAT id eſt *pure retineat,* ſcilicet, *etiam non impleto modo* et voluntate licet ſtulta teſtatoris: coniice melius in lectione deſperatiſſima. Et iam penitus inſpicio interiora vtriusque λογισμῶν, quos ſupra ex *Theophilo* excerpſeram: hoc obiter. Noſtrum iam eſſet, vt et recentiorum de legatis noſtris ſententias excuteremus; ſed memento *Praetermiſſa* promitti, occupauit hanc Spartam *van Bynkershoek* et exhauſit cum puluiſculo. Proximus vero qui *Cornelium* excepit *Nic. Hieron.* GUNDLING *f*), quem pluribus ideo locis *Ioan. Theoph.* HEINECCIUS *g*) et alii laudarunt, ita putat, *ea legata omnia poenalia fuiſſe vocata, quae* contra heredis inclinationem *eidem fuere impoſita, quaeque non tam honorem quam dolorem, quid? quod ignominiam apud ſapientiores ei adferebant: cum interea teſtatorum ſit beneficium impertiri heredi, ſimulatque honorare legatarios* etc.. Si Gundlingius *heredis* illam *inclinationem,* et *tempus,* quando contra illam legatur, imo ſaltem illa, quae partim bene partim male *cumulauit,* liquido determinaſſet; ſuperſediſſem forte ego hoc labore: Iam cum obſeruem, *Hieronymum* Noſtrum obuia ſaltem in rem ſuam vertiſſe ex *Theophilo:* nec tamen rationem ſuppeditaſſe, quomodo igitur obiectionibus, quas *Cap. IV.* propoſitas concuſſimus, et quae eius ſententiam vel maxime premunt, occurratur commodiſſime; velim quicquid ſcripſit pro non ſcripto habeas. Fruſtra etiam eſt, quod verba HORATII *h*),

 Heredes

f) Gundling *cit. diſſ.* §. 33. *g*) Heineccius *in Antiquit. ad π. ad l. ſuis locis, et alibi.*
h) Horatius *Libr. II. Sat.* 5. *v.* 84.

Heredes Staberi summam incidere sepulcro:
Ni sic fecissent, gladiatorum dare centum
Damnati populo paria, atque epulum arbitrio Arri,
Frumenti tantum quantum metit Africa etc.

ad quae *Anton.* DELRIO *i*) iam *ante ipsum* in hunc sensum prouocauerat, in suam rem verterit, et *pro certo habeat, ante Antonini Pii aetatem neminem dissensisse aut disputasse an haec testatio valeret, siue praue siue recte: hoc volebat Staberus:* Dii immortales! siccine igitur ante Antoninum Pium conditiones *derisoriae* vel *difficiles*, qualis Horatiana illa est vtique, laudatae fuerint pro concione? veruex sit qui sibi talia persuaderi patiatur. Duriuscula ergo nimis sunt etiam quae *van Bynkershoek* profudit: *Imperatorem* et *ipsos veteres ICtos*, cum de his legatis sermo inciderit, *non esse locutos ore rotundo, sed dubitabundo fere et incerto*, cum tamen et sic soleant alias: *frustra* voluntates testatorum, quae poenas, *Marciano* teste, dirimunt a conditionibus, ex idea probrosi et illiciti diiudicat: frustra est, quod exempla clausularum poenalium quae *Veteres* exhibent aliena a scopo pronunciet: *quod* Tribonianus et Vlpianus καθόλυ decreuerit, quod non obtinuisset nisi κατά τι: *pessime* vero omnium arguit, *Iustinianum constituisse quod iam iure Pandectarum*, vitio scilicet emblematis, *obtinuerit:* et nollem duriorem sententiam exemplo *Balduini*, et alio insuper quod sequitur argumento *) defen-

i) Delrio *Miscell. ad I. cap. de Leg. §. vlt.*

*) Electio vox generalis *locutione populari* et *vsu* optionem *cap. 4. de opt. leg. cap. 5. de leg. I.* et legatum generis *cap. 12. de opt. leg. cap. 12. de adim. legat.* imo et alternationem comprehendebat *cap. 19. de opt. leg.* ad quod *Reinh.* BACHOVIVS *ad Treutl. II. 14. 5. a.* Ast si *artem* intueamur, certum omnino est, electionem a legato generis *cap. 2. pr. et §. 1. de opt. leg.* separari: reliqua hunc in modum coniicio, et si meliora habes effice, vt veritati herbam porrigam. Optio 1) erat actus legitimus, *cap. 77. de R. I.* fiebat verbis pactis, OPTATO, ELIGITO, Vlpianus *Tit. XXIV. §. 14.* testibus praesentibus, *cap. 20. de opt. leg.* et nisi testator, vt in cretione, expresserit Praetore ad optandum decernente diem, *cap. 6. et 8. eodem* etc: Legata electionis et generis non erant actus legitimi. Per optionem 2) legari vnice poterant res in familia relictae *cap. 2. §. 1.* et *cap. 10. eod.* hinc ἰδίᾳ in hoc legato voluit THEO-

defenſum iuiſſet Myſta ſagaciſſimus, ſed quisque ſuos patimur manes. Dicam ex animi ſententia, ſi vllibi et vnquam alias,

C 3 certe

PHILVS *I. §. 23. de Leg.* In legatis electionis et generis etiam res legantur quae fideicommitti poterant, ſi ſcilicet *ſuo modo* relinquerentur: ſin per vindicationem ius ſtrictum molliebatur SC. Neroniano. Hinc 3) optio per damnationem legari non poterat, SERVIVS *ad Virgil. Aeneid. V. 533:* Legata electionis et generis, vt iam dixi, poterant. In optione 4) optimum eligi poterat, *cap. 2. de opt. leg. cap. 9. §. 1. de dolo malo;* item et in electione per vindicationem data, *cap. 2. de opt. leg:* Genere vero legato optimum eligere non licebat e. g. actorem, *c. 37. de Leg. I.* Aſt ſi electio vel genus per damnationem legaretur, dari non debebat peſſimus, *cap. 110. de leg. I.* et praeſtatur quem habere liceat, *cap. 45. §. 1. de Leg. I. cap. 129. §. 3. de Leg. III:* ſi duo ſic legentur, ſatis erat dediſſe exiguiorem. Optari 5) non poterat ante aditam hereditatem, *cap. 16. de opt. leg.* quoniam familia prius ab herede exhibenda erat, *cap. 3. §. 6. ad exhib. cap. 80. §. 2. de furt. cap. 3. et 4. de opt. leg.* HEINECCIVS *ad L. Pap. Popp. Lib. III. c. 7. p. 420:* Legatum electionis et generis cedebant a morte teſtatoris. Optio 6) conditionem habuit et olim non tranſmittebatur, niſi legatarius viuus optauerit, *§. 23. I. de Leg:* Secus erat in legatis electionis et generis, quocunque modo datis, etc. Caeterum *certum eſt vtique*, quod electioni 1) *expreſſe* inſit conditio, veluti *hominem eligito, accipito*, vel *heres meus dato, eligito:* (Forſitan et lacunae VLPIANI *Fragm. Tit. XXIV. §. 14.* hinc ſuppleri poſſunt, dubito vtique an de genere, et ſi de hoc, cur non etiam de alternatione? locutus ſit, imo vix eſt, vt variantibus Cuiacii credam. Coniicio ita: OPTIONE LEGATI PER VINDICATIONEM DATA, LEGATARII ELECTIO EST, VELVT: HOMINEM OPTATO, ELIGITO. IDEMQVE EST, electione data, velut: eligito, accipito HOMINEM. At ſi ita: HERES quem velit damnas eſto HOMINEM DARE, HEREDIS ELECTIO EST quem VELIT DARE:) Generi vero tacite *c. 99. de C. et D. Titio do, lego hominem, vel heres meus damnas eſto, dare hominem.* Rurſus vero *certum genus* praecipue 2) per electionem, *cap. 37. §. 1. de Leg. I:* aſt *incertum* indiſtincte legari potuiſſe videtur, *cap. 25. §. 17. famil. ercifc.* Supra, *numero quarto*, tertiam differentiam inter electionem et genus ſuppeditauimus: ſed vix eſt, vt de his omnibus ſecure decernatur. Dubium tamen nunquam habuit, vt, ſi nullas aedes reliquerit teſtator, magis deriſorium ſit quam vtile legatum, *cap. 71. de leg. I.* fundi enim vel aedium legatum *ſine demonſtratione* nullum eſt: nec obſtat, quod ſeruo generaliter legato vtile ſit quod datum eſt, *cap. 13. et 45. §. 1. de leg. I;* obtinuit enim, certam Serui, rei mancipi, eſſe demonſtrationem et finitionem, addo *taxationem* et *pretium;* nihil horum in illis, nunc mancipi, nunc nec mancipi rebus, deprehenditur, *cap. 69. §. 4. de iur. dot.* ibique *Baſilica*, et *cap. 24. §. 3. de Leg. I.* vtpote cum aedes, fundus etc. noſtra *deſtinatione* augeri poſſint vel minui in infinitum, incertiſſima igitur ex his *taxatione*. Tranſeo ad *Corn. van* BYNKERSHOEK *Diatr. de leg. poen. nom. cap. IV. §. 7 pag. 380;* cenſet vero, Tribonianum *§. 23. I. de Leg. non recte intellexiſſe conditionem quae legato optionis olim inerat*, adductis ergo in rem ſuam auctoritatibus euincere voluit Belgarum aquila, conditionem hanc potius fuiſſe, *vt vno optato reliquorum optio extinguatur*, ſed in hoc fere iam praeiuerat

certe in hoc Opusculo *de legatis poenae nomine relictis* sui omnino dissimilis mihi factus esse videtur *Corn. van Bynkershoek:* detrahe πάρεργα quae robustiora sunt paululum, et demum decide, quantum ex ἔργῳ supererit. Haec hactenus et quidem θεω-

Iac. CVIACIVS *Obs. Libr. XXIII. cap. 14.* imo, quod amplius superdicit, optionis legatum olim etiam fuisse transmissum, idque nouo colore ex narratione *§. 23. I. de leg.* elicuit: bona verba! Auctoritates a Cornelio adductae nil probant, certo enim est certius *cap. 19. de opt. leg.* et *cap. 75. §. penult. de leg. I* releganda esse ad legatum alternationis, vti *cap. 76. de V. O.* quo plane abutitur, ad stipulationem disiunctiuam. Rursus, vti *cap. 3. qui et a quib.* finem optionis, scilicet, *vt vno optato reliqui liberentur*, ante oculos habuit; ita frustra ex *effectu* noua conditio euocatur, rectius vtique ad speciem *cit. cap.* sapuit *Conr.* RITTERSHVSIVS *ad I. cit. loc.* Denique color posterior statim euanescit, si auctore *Theophilo* consideres, veteres non dissensisse, an optio ad heredes transeat; *imo potius*, si duobus vel pluribus optio relicta fuisset, et vnus Stichum alter Pamphilum optaret, sicque dissentirent in optione, *an* legati petitio in pendenti esset donec consensissent, an dissensu eorum extingueretur, et haec sententia magis olim, teste *Theophilo*, obtinuit, recte vtique, dissentientes enim, licet fortuna optionis iudex commendata fuisset, optare non videbantur. Et quid si concedamus, veteres dissensisse in ipsis adeo heredibus? sic vero res redigenda esset vel ad *cap. 25. §. 17. fam. ercisc.* vel ad aliam commodam speciem, neutiquam ad legatum optionis, nisi forte improba confusione antiquitatem ex *Const. vlt. C. comm. de leg.* componi posse arbitreris, quod ἄτοπον. Paucis adhuc te volo: ait Pomponius *cap. 8. §. 2. de opt. leg. Vnius hominis* ex pluribus *mihi et tibi optio data est: cum ego optassem, si non mutassem voluntatem, deinde tu eundem optaueris, vtriusque nostrum seruum futurum. Quod si ante optionem decessissem, non futurum communem.* Quaero cur ita? *quia non videor consentire, qui sentire non possum. Humanius autem erit*, superdicit Pomponius, *vt et in hoc casu, quasi semel electione facta*; ecce colorem contra ius strictum, quod neutrum ibi casum admittebat, *fiat communis.* Concludo iam: Ergo *ante humanam Pomponii sententiam* optio transire non potuit ad heredes: si non transiit; recte etiam Tribonianus, et eo magis considerate Theophilus, naturam optionis ex sensu veterum inspexerat, vid. *Edm.* MERILLIVS *Obs. II. 8. et VIII. 14. Ianus* a COSTA *ad I. §. 23. de Leg.* Reliqua dixit hilarioris possessionis et famae ICtus, Illustr. *Georg. Chr.* GEBAVER *diss. de opt. vel elect. leg. Gotting. MDCCXLVIII.* Illud voueo immortali operi et manibus feliciter illi obstetricantibus, simul tamen et moneo, quod *Henr. Brenckmanno* fecit *Petr. de* LVDWIG *in Triboniano §. 325. in f:* quin etiam his amplius, nomine veritatis et securitatis eruditae, supplico, ne *Gebauerus* Noster id efficiat et horum *neutrum*, quod *pag. 16.* linea *vicesima* occasione *cap. 13. §. 1. de opt. leg.* in qua recte *emtor*, rectius tamen *tempus* legitur, *scilicet vt emtor actione emti expertus aduersus venditorem tempus consequatur* etc. minabatur: *Domus Caesaris a suspicione etiam vacua sit oportet.*

θεωρικῶς. Pluribus *Belga* Noſter *Cap. VIII. pag. 405.* vſum practicum ex Conſtitutione Codicis perſequitur; hoc tamen ſuperdicto, *ſed non eſt huius loci cum Pragmaticis diſputare, et vindicare Ius Romanum ab eorum impuris ſaepe et illotis manibus,* an ſatis honeſte? an decore? id vero decernant quorum intereſt.

S. D. G.

COROLLARIA.

I.

Origo et differentia rerum mancipi et nec mancipi, queis ſine raro Ius Romanum recte haſtenus explicatur, repetenda eſt ab antiquiſſimis Romanae Reipublicae inſtitutis, vt ſcilicet res apud cenſores ſubſignandae, et in ſua tribu cenſendae mancipi dictae fuerint, reliquae e. g. paulo poſt vectigales nec mancipi. Res certa eſt ex Cicerone *pro Flacco cap. XXXII.* quem ſaepius quidem excitatum, nunquam tamen ſatis inſpectum elabi paſſi ſunt Viri alias acutiſſimi: *Secundum* argumentum ſuppeditat inſigne fragmentum *cap. 203. π. de V. S.* iunctim *cap. 16. §. 2. π. de Vectigal.* vbi diſtinctionis rationem non penetrauit *Iac.* Cuiacius *Obſ. Libr. XIV. cap. 13.* *Vltimum* praeſtare poſſunt Gloſſaria *gr. lat. v. mancipatum, etc.* Sententias ergo *Cuiacii, Charondae,* Coccei et Schwartzii *diſſ. de Iure Italico,* qui res mancipi et *manu hoſtili occupatas* pro iisdem habuere, *van Bynkershoekji, Conradi,* etc. non moramur. *Wernheri* ſpec. progr. et *Meermanni* diatribam nondum vidi: adde *Roſsmanni* et noſtri popularis *Hommelii* eruditas in hanc rem meditationes: forte breui plura.

II.

Proprietarium conſentiente vſufructuario, fundo vſufructuario ſeruitutem non damnoſam imponere poſſe, dubium non habuit: Sicque non video, cur tantum haſtenus de ſalute IC. *cap. XV. in f. et cap. XVI. π. de Vſufr.* deſperauimus. Ipſum θέμα quod regulae Vlpia-

neae

neae Paulus subiunxit, vix alium sensum suadeat. Ratio vero huius regulae vnice *in praesumta testatoris voluntate* et huius conseruatione, de mancipatione, cessione etc. iam nihil dicam, quaeratur. Caeterum omnium interpretum, eoque ipso et *Abr.* Wielingii, *Petr.* de Touilleu et *Ioh.* Wolberi errores et nubeculas, solide disiecit Vir Illustris. *Ioh. God.* Bauer. *spec. diss. Lips. 1736.*

III.

Seruitus altius tollendi est, *ius mihi competens euehendi aedificium, vel contignationem imponendi alienis aedibus.* Post *Glossas* id coniecit *Arn. Alex.* Pagenstecher *Sicil. Manip. III. p. 70.* an solide probauerit, nondum decreui. Robustiora tamen et inuicta argumenta offendi in *cap. XXIV. π. de S. P. V.* et in nobilissimo fragmento *cap. XV. π. de N. O. N.* ex quibus dubia Heineccii *Instit.* §. *405.* ratione necessaria concuterem. Reliquorum de natura huius seruitutis sententias secure praeternauigamus.

IV.

Vnicus ille casus §. *II. Instit. de act.* omnino apud Africanum fugitiuo *cap. XV. π. de N. O. N.* quaerendus est, nam vel ipsa verba Africani, *et hactenus,* idem grammatice praestant quod Iustiniani verba, *vno casu.* Primus illud coniecit *Ant.* Contius. *subcess. Lect. Lib. I. cap. I.* sed et non viderat: vtique nec ipse nec Cuiacius *fugitiuum* indicauit, nec ad propriam *seruitutum* materiam reuocauit, neuter commode explicat. Reliquorum fere omnium, (addo ego *Sigm. Reich.* Iauchii *special. diatr. Dresd. 1703.*) sententias excursu quodam collegit *Eu.* Otto. *ad Instit. cit. loc.* Qui ex *integris titulis π.* casum quaerunt, frustra esse monet *Theophili* vox, ἐν ἑνὶ μόνῳ θέματι.

